Die Haftpflicht der Gerichtsvollzieher für Verschulden in Ausübung ihres Berufes, unter besonderer Berücksichtigung des preußischen Rechts.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Hans Friese,
Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

Approbiert am 25. Mai 1909.

Berlin.
Druck von H. S. Hermann
1909.

16

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0087

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 9

I. Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers.

§ 2. 1. Die Beamteneigenschaft des Gerichtsvollziehers 10
§ 3. 2. Das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zu den Parteien . . 11
a) Zum Schuldner 11
b) Zum Gläubiger 13

II. Die persönliche Haftung des Gerichtsvollziehers.

§ 4. 1. Das Verhältnis von § 823 zu § 839 B. G. B. 25
§ 5. 2. Die Beamtenhaftpflicht 30
a) Verletzung der einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht 30
b) Verschulden 32
c) Schadenszufügung 35
d) Subsidiäre Haftung 37
e) § 839 Abs. 3 39
§ 6. 3. Bedeutung der zu I. erörterten Frage 40

III. Die Haftung des Staates.

§ 7. 1. De lege lata 42
a) In den Ländern preußischen Rechts 43
b) In den Ländern gemeinen Rechts 44
c) In den Ländern französischen Rechts 45
§ 8. 2. Problematische Haftung des Staates 48
§ 9. Schluß 50

Literaturverzeichnis.

Achilles, Das bürgerliche Gesetzbuch, 5. Aufl. Berlin 1906.
Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung, Wismar 1885.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. Jena 1903.
Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, Stuttgart 1884.
Crome, System des bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1900 bis 1908.
Delius, Die Haftpflicht der Beamten, Berlin 1901.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, 3. Aufl. Halle 1906.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 5. Aufl. Halle 1894/97.
Dernburg, Pandekten, 5. Aufl. Berlin 1896 und 7. Aufl. Berlin 1902.
Dock, Im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 16.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. Marburg 1904.
Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, Berlin 1888.
Fischer, Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, Jena 1903.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl. Berlin 1896.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivil-Prozeßordnung, 8. und 9. Aufl. Tübingen 1908.
Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, München 1909.
Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung, Berlin 1887.
Gierke, Gutachten in den Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages.
Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. 1901 bis 1905.
Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge, 2. Aufl. 1900.
Hahn, In Gruchots Beiträgen.
Hartmann, Die Obligation, Erlangen 1875.
Hellmann, Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 53.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivil-Prozeßrechts, Leipzig 1907.

Hodler, Das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B., Berlin 1900.
Hüssener, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht, Jenenser Dissertation 1901.
Jastrow, Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 68.
Klewitz, Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen, Berlin 1891.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.
Kohler, Enzyklopädie der deutschen Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1904 Leipzig-Berlin.
Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Aufl. Tübingen und Leipzig 1901.
Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, Berlin 1898.
Liszt, v., Die Deliktsobligationen, 1898.
Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, Frankfurt 1879.
Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 B. G. B., Leipzig 1904.
Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl. Leipzig 1905.
Motive zur Zivil-Prozeßordnung.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Müller, Die preußische Justizverwaltung, 1901.
Nessel, In Gruchots Beiträgen.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. Berlin 1905.
Nöldecke, In Gruchots Beiträgen.
Oertmann, Kommentar zum B. G. B. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Berlin 1906.
Petersen, Kommentar zur Zivil-Prozeßordnung, 4. Aufl. 1904/06.
Pfeiffer, Praktische Ausführungen in allen Teilen der Rechtswissenschaft, Hannover 1825.
Piloty, In den Annalen des Deutschen Reiches 1888.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Nördlingen 1887 und München 1896.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1907.
Protokolle.
Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch 1899.
Riedinger, Der Besitz an gepfändeten Sachen, Breslau 1903.
Riehl, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 17.
v. Rönne, Preußisches Staatsrecht, 4. Aufl. 1881.
Rottmann, Die rechtliche Stellung der Gerichtsvollzieher, Würzburg 1900.
Scherer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, Erlangen 1898.
Schönfeld, Der preußische Gerichtsvollzieher, Breslau 1909.
Seuffert, Kommentar zur Zivil-Prozeßordnung, München 1907.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B., 3./4. Aufl. München 1907/09.

Stranz-Gerhard, Das preußische Ausführungsgesetz zum B. G. B. Berlin 1900.
Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivil-Prozeßordnung, 8. Aufl. Berlin 1901.
Türcke, Niedenführ, Winter, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1905.
Voss, In Gruchots Beiträgen.
Wach, Lehrbuch des Zivilprozesses, 1885.
Weissmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Stuttgart 1903.
Welck, v., In Gruchots Beiträgen.
Wilmowski-Lewy, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 7. Aufl. 1895.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Zachariä, In der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1863.
Zöpfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, 1863.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Juristische Wochenschrift.
Seufferts Archiv.

§ 1.

Einleitung.

Die grundsätzliche Einigung des Preußischen Abgeordnetenhauses, die viel umstrittene Frage nach der Haftpflicht des Staates für Versehen seiner Beamten im Amte durch ein neues Gesetz einheitlich zu regeln, wird allenthalben mit großer Genugtuung aufgenommen werden; denn der Gesetzgeber würde mit der gesetzmäßigen Begründung der primären Eintrittspflicht des Staates für seine Beamten nicht allein einem schon seit langer Zeit in der Wissenschaft brennenden Streit ein Ende setzen, ein derartiges Gesetz würde auch einen Fortschritt in der Entwicklung unserer Rechtspflege bilden und in sozialer Hinsicht gerechte Forderungen befriedigen.

Im engsten Zusammenhang mit der Regelung dieser Fragen stehen naturgemäß auch die Rechtsverhältnisse der Gerichtsvollzieher, jener Kategorie von Beamten, deren Institution insbesondere der Wissenschaft zu heißen Kämpfen Anlaß gegeben hat. Wenn dieselben auch durch die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes, wenigstens für die Praxis ihre Erledigung gefunden haben, so bleiben sie deshalb doch in der Wissenschaft nach wie vor bestehen und werden in gleicher Weise weitergeführt.

Angesichts der geplanten Änderung der Gesetzeslage in der erwähnten Richtung scheint es daher nicht unangebracht, erneut die Interessen der Gerichtsvollzieher in den Vordergrund zu stellen und die Frage nach der Haftung derselben für Vergehen im Amte, wie sie sich im Augenblick gestaltet, näher zu beleuchten.

I.

Die rechtliche Stellung der Gerichtsvollzieher.

Bevor es möglich ist, auf die Beantwortung des gestellten Themas selbst einzugehen, ist es erforderlich, in erster Linie zu prüfen, welche rechtliche Stellung der Gerichtsvollzieher überhaupt in dem gesamten Beamtenorganismus einnimmt. Mit Erörterung dieser Frage ist es zunächst unerläßlich, jenes große Streitgebiet zu betreten, auf dem, solange die Zivilprozeßordnung besteht, zwei konträre Theorien miteinander um die Herrschaft kämpfen, die herkömmlich Amts- und Mandatstheorie genannt werden.

§ 2.

1. Die Beamteneigenschaft der Gerichtsvollzieher.

Unbestritten in Theorie wie in Praxis ist, daß der Gerichtsvollzieher grundsätzlich die Stellung eines unmittelbaren Staatsbeamten bekleidet. Das Reichsrecht, welches im Gerichtsverfassungsgesetz die Grundlage für die Institution des Gerichtsvollzieheramtes schafft, bezeichnet in der Überschrift des zwölften Titels des erwähnten Gesetzes die Gerichtsvollzieher als Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte und charakterisiert sie in § 155 als „die mit den Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen zu betrauenden Beamten". Mit dieser unzweideutigen Ausdrucksweise gibt das Reichsrecht klar zu erkennen, daß in jedem Bundesstaate Beamte, das sind staatliche Organe, vorhanden sein sollen, welche die bezeichneten Amtshandlungen versehen[1]). Dieser Forderung haben die Einzelstaaten[2]) auch Rechnung getragen, indem sie bei der ihnen gemäß § 155 des

---

[1]) Vgl. Jastrow, Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 68, S. 362ff.; Rottmann, Die rechtliche Stellung der Gerichtsvollzieher, S. 20; auch v. Welck, In Gruchots Beiträgen, Bd. 36, S. 499; Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung, S. 78.

[2]) Beim Reichsgericht sind die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher durch den Reichskanzler geregelt, vgl. die Vorschriften vom 11. Mai 1883 (Zentralblatt S. 159).

Gerichtsverfassungsgesetzes überlassenen inneren Ausgestaltung des Gerichtsvollzieherinstitutes, die allgemeine Beamtenstellung des Gerichtsvollziehers unverkennbar zum Ausdruck gebracht haben[3]). So handelt die für Preußen erlassene Gerichtsvollzieherordnung vom 31. März 1900 in ihrem ersten Teil von dem „Amt" des Gerichtsvollziehers und erörtert hier nicht allein die formellen Vorbedingungen für die Anstellung und Ausübung dieses Amtes, sondern hebt ausdrücklich hervor, daß auch auf die Gerichtsvollzieher die für die allgemeinen dienstlichen Rechte und Pflichten aller Staatsbeamten geltenden Vorschriften Anwendung finden[4]).

§ 3.

2. Das Verhältnis der Gerichtsvollzieher zu den Parteien.

a) Zum Schuldner.

Nach der Reichsjustizgesetzgebung, sowie auf Grund partikularen Rechts steht mithin unzweifelhaft fest, daß der Gerichtsvollzieher in die Reihe der Staatsbeamten aufgenommen und somit zum Organ der Rechtspflege erhoben worden ist[5]). Diese seine rechtliche Stellung ist, sofern er in Ausübung seines Berufes — sei es als Zustellungs-, sei es als Vollstreckungsbeamter — lediglich dem Schuldner oder sonstigen Dritten gegenübertritt, auch niemals verkannt worden. Zwar finden sich in der älteren Literatur Andeutungen in dem Sinne, daß der Gerichtsvollzieher der gesetzliche Stellvertreter des Exequendus ist, wenn die Verpflichtung zur Übereignung einer Sache infolge seiner rechts-

[3]) Vgl. hierzu die Einzelausführungen bei Rottmann, a. a. O. S. 21 ff.

[4]) Vgl. §§ 13, 14, 15, 37 der Gerichtsvollzieherordnung vom 31. März 1900, wonach die Gerichtsvollzieher unter Stellung einer Amtskaution vom Oberlandesgerichtspräsidenten ernannt werden und einen Diensteid leisten müssen und damit in den Rang der subalternen Beamten II. Klasse treten; vgl. die systematische Darstellung dieser Verhältnisse bei Müller, Preußische Justizverwaltung, Bd. I, S. 271 ff.

[5]) Vgl. R. G. Bd. 16, S. 399 a. E.; Bd. 10, S. 234; Falkmann, Zwangsvollstreckung, S. 64; Nessel, In Gruchots Beiträgen, Bd. 28 S. 99.

kräftigen Verurteilung oder in anderer Weise vollstreckbar geworden ist[6]). Eine derartige Theorie hat aber bisher in der Wissenschaft keine Aufnahme gefunden. Hier wie in der Praxis ist man vielmehr übereinstimmend der Ansicht, daß dem Schuldner in dem Gerichtsvollzieher — mag er als Zustellungs- oder als Vollstreckungsbeamter tätig werden — lediglich die Staatsgewalt entgegentritt, die durch ihn die Durchführung der Gesetze erzwingt[7]). Während der Richter im Namen des Staates erkennt, was zwischen den Parteien Rechtens sein soll, ist dem Gerichtsvollzieher die Aufgabe übertragen, die Sprüche des Richters zu verwirklichen und nach Maßgabe der Gesetze den Rechtsfrieden wieder herzustellen. In trefflicher Weise führt das Reichsgericht[8]) aus, daß „der Pflicht des Schuldners, die Zwangsvollstreckung über sich ergehen zu lassen, kein privatrechtlicher Anspruch des Gläubigers gegen ihn entspricht. Jene Pflicht ist nichts anderes, als die Folge davon, daß der Schuldner der Staatsgewalt unterworfen ist."

Nur wenn man diesen rechtlichen Standpunkt einnimmt, läßt sich die Tatsache rechtfertigen, daß dem Gerichtsvollzieher bei der Ausübung seines Amtes der Schutz des § 113 St. G. B. zur Seite gestellt wird und zwar selbst für den Fall, daß der Schuldner ihm Widerstand entgegensetzt. Anders wäre auch die Vorschrift des § 779 Z. P. O. nicht zu verstehen, daß die Zwangsvollstreckung, sofern sie nur begonnen hat, beim Tode des Schuldners in dessen Nachlaß fortgesetzt wird. Aus diesen Tatsachen folgt ebenfalls mit Klarheit, daß hier von Rechtsverhältnissen privatrechtlicher Natur nicht die Rede sein kann. Für den Vertreter einer Privatperson sind derartige Vorschriften im Gesetz nicht begründet. Vielmehr erhellt hieraus, daß der Gerichtsvollzieher dem Schuldner gegenüber lediglich als Organ des Staates entgegentritt, und auf Grund öffentlichen Rechtes Hoheitsakte zur Durchführung bringt.

[6]) Dernburg, Pandekten, 5. Aufl. S. 499; vgl. auch die Erwägungen bei Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, S. 91, die sich in einem ähnlichen Sinne bewegen; auch Hartmann, Die Obligation, S. 34; Riehl, Zeitschr. f. Z. P., Bd. 17, S. 37.

[7]) Riedinger, Der Besitz an gepfändeten Sachen, S. 62.

[8]) Vgl. bei Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 2, S. 109, Anm. 28.

Der Gedanke einer Stellvertretung, wie ihn Dernburg zum Ausdruck gebracht hat, muß auch schon um deswillen zurückgewiesen werden, weil die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Schuldner nicht der eines Vertreters gegenüber dem Vertretenen im Sinne des Privatrechts entspricht. Während hier der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen und Sinne des Vertretenen Willenserklärungen mit unmittelbarer Wirkung für diesen abgibt, richtet sich die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers gerade gegen denjenigen, den er vertreten soll. Seine Handlungen gegenüber dem Schuldner bilden Zwangsmaßregeln gegen ihn, mit denen er in den seltensten Fällen einverstanden sein würde. Wollte man aber annehmen, daß nicht eine Stellvertretung im Willen gemeint ist, sondern auf die von Dernburg gedachte Weise nur die Tatsache der Tradition erklärt werden sollte[9]), dann kann man von einer Stellvertretung im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht reden, da es an einem wesentlichen Begriffsmerkmal derselben fehlte. Auch wäre für diesen Fall die hier in Rede stehende Konstruktion überflüssig; läßt sich doch nicht erkennen, inwiefern sie irgend welche Folgen zeitigte oder sonst rechtlich von Bedeutung wäre.

b) Zum Gläubiger.

Viel umstritten dagegen ist die rechtliche Stellung der Gerichtsvollzieher gegenüber der Partei, von der er den Auftrag zur Ausübung seines Berufes erhält. Zwei Theorien sind es insbesondere, die, wie schon eingangs erwähnt, die Wissenschaft in zwei Lager teilt. Auf der einen Seite wird vom Standpunkt der Beamtentheorie[10]) aus behauptet, daß der Gerichtsvollzieher

[9]) Vgl. Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., S. 493. Aus dieser so abgeänderten Fassung wird man mit Recht diesen Schluß ziehen können.

[10]) Vertreten durch: Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, II, § 141, Note 17, § 154, Anm. 3; Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung, S. 123 ff.; Voß, In Gruchots Beiträgen, Bd. 23, S. 240; Nessel, a. a. O. S. 97; Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Bd. 1, S. 136; Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, Bd. 2, S. 97 ff.; Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 251; Riedinger, a. a. O. S. 41; vgl. ferner die diesbezüglichen Zitate bei Rottmann, a. a. O. S. 28; vgl. auch im wesentlichen Geib, a. a. O. S. 74.

auf Grund seiner gesetzlich festgelegten Berufstätigkeit lediglich als staatliches Organ allen Rechtspersonen ohne Unterschied entgegentritt. Andererseits ist vom Gesichtspunkt der Mandatstheorie[11]) geltend gemacht, daß der Gerichtsvollzieher ungeachtet und unbeschadet seiner Beamteneigenschaft mit der seine Dienste benötigenden Partei ein persönliches Verhältnis privatrechtlicher Natur eingeht, das wiederum von den einzelnen Anhängern dieser Anschauung in verschiedener Weise aufgefaßt wird. Während nämlich für das frühere Recht ein Mandat bezw. Vollmachtsauftrag angenommen wurde, wird jetzt unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs angesichts der Unentgeltlichkeit des Auftrages teils ein Dienst-[12]), teils ein Werkvertrag[13]) im Sinne des § 673 B. G. B. konstruiert. Welche von diesen Ansichten zutreffend ist, kann für die Beantwortung des hier gestellten Themas vorerst dahingestellt bleiben, da in erster Linie zu prüfen ist, ob überhaupt ein privatrechtliches Vertragsverhältnis möglich ist. Es fragt sich also kurz nur: Mandatstheorie oder Amtstheorie?

Bei dem tatsächlichen Einfluß, den die Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes auf die Rechtsprechung der Gerichte ausüben, mögen von den bereits genugsam aufgeführten Gründen, die für die Mandatstheorie ins Feld geführt werden, nur diejenigen hier eine nähere Prüfung erfahren, welche das Reichsgericht zu der von ihm angenommenen Auffassung bestimmt haben.

Das Reichsgericht führt aus[14]): „Das Rechtsverhältnis des

[11]) Vgl. die Kommentare der Zivilprozeßordnung zu §§ 166 und 753 von Wilmowski-Lewy, Seuffert, Petersen, Gaupp-Stein, Struckmann-Koch; auch Hahn in Gruchots Beiträgen, Bd. 31, S. 330; Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechtes, Bd. 2, § 298, S. 920 (jedoch Note 30); v. Welck, a. a. O. S. 497; Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, S. 730; Falckmann, a. a. O. S. 64 ff.; vgl. noch die zahlreichen Zitate bei Rottmann, a. a. O. S. 28.

[12]) Für Dienstvertrag ist u. a. Gaupp-Stein, a. a. O. Anmerkung zu § 753; Falckmann, a. a. O. S. 63 ff.; Weißmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, S. 274; auch R. G. Bd. 56, S. 90; Bd. 16, S. 396 ff.; Jur. Wochenschr. 1901, S. 783.

[13]) Für Werkvertrag u. a. Seuffert, a. a. O. 1, S. 260; Rottmann, a. a. O.

[14]) R. G. Bd. 16, S. 400.

Gerichtsvollziehers zu dem ihn mit der Vornahme der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger sei nach den Grundsätzen des Mandates gesetzlich geregelt, der Gerichtsvollzieher habe im Verhältnis zu dem ihn beauftragenden Gläubiger die Stellung eines Mandatars und seine Vertretungspflicht richte sich daher auch nach den für das Mandat bestehenden Rechtsnormen."

Zur Begründung dieser Auffassung beruft sich das Reichsgericht in erster Linie darauf, daß die Zivilprozeßordnung überall da, wo von der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger gesprochen wird, das Wort „Auftrag" oder dessen Ableitungen gebraucht. Dieser Begründung kann indes nicht beigetreten werden.

Zwar ist es richtig, daß die Zivilprozeßordnung, wie auch die hier einschlagenden Bestimmungen der Gerichtsvollzieherordnung und der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher an dem Worte Auftrag in konsequenter Weise festhalten. Hieraus aber den Schluß zu ziehen, daß auf diese Weise das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger als privatrechtliches Vertragsverhältnis und zwar als Auftrag „gesetzlich" geregelt werden sollte, ist nicht gerechtfertigt. Eine derartige Annahme könnte nur dann begründet erscheinen, wenn das Gesetz das Wort Auftrag, so oft es dasselbe gebraucht, stets in ein und demselben Sinne verwendet hätte. Denn wenn es das Wort Auftrag bald im privatrechtlichen[15]), bald im öffentlichrechtlichen Sinne, bald vielleicht auch ohne jeden tieferen Sinn zur Anwendung bringt, dann bedeutet es lediglich einen Akt der Willkür, dem genannten Ausdruck bezüglich der hier fraglichen Verhältnisse eine privatrechtliche Bedeutung beizumessen. Ein derartiger Akt der Willkür ist aber nicht geeignet, irgend welchen Beweiswert für die Richtigkeit der Mandatstheorie abzugeben. Um mit Recht so weittragende Schlüsse aus dem bloßen Worte „Auftrag" ziehen zu können, hätte der Gesetzgeber einen positiveren Anhaltspunkt geben müssen.

In der Tat ist nun das Gesetz bei der Anwendung des bezeichneten Ausdrucks inkonsequent verfahren, und zwar nicht bloß überhaupt, sondern sogar auf dem engeren Gebiet der hier streitigen Rechtsverhältnisse. Es soll deshalb, was sonst in

[15]) Vgl. Hellmann, Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 53, S. 291.

dieser Hinsicht in erster Linie zu geschehen pflegt, weniger darauf hingewiesen werden, daß das Gesetz einen beauftragten Richter kennt, bei dem jeglicher Gedanke an irgend welche privatrechtlichen Beziehungen ausgeschlossen ist. Weit bedeutsamer ist es vielmehr, daß das Gesetz auch da von „Aufträgen" spricht, wo lediglich ein amtlicher Verkehr stattfindet und privatrechtliche Rechtsbegriffe von vornherein ausscheiden müssen[16]). So bestimmt das Gesetz im § 24 der Gerichtsvollzieherordnung, daß der Gerichtsvollzieher auch den Behörden seine Dienste zur Verfügung zu stellen hat, und nennt diese Aufträge im Gegensatz zu den Parteiaufträgen „amtliche Aufträge". In gleicher Weise heißt der Gerichtsvollzieher beauftragt, wenn er gemäß § 753 Z. P. O. durch den Gerichtsschreiber seine Anweisung erhält. Ja, dieser letztgenannte Beamte selbst wird als Vorsteher der Verteilungsstelle nach dem Wortlaut des § 51 der Gerichtsvollzieherordnung „beauftragt". In allen diesen Fällen, die lediglich den Charakter der amtlichen Erledigung der der Behörde zugewiesenen Geschäftstätigkeit tragen, kann mithin von privaten Rechtsverhältnissen nicht die Rede sein. Wenn das Gesetz gleichwohl das Wort „Auftrag" anwendet, so erhellt daraus ohne Zweifel, daß damit eine gesetzliche Regelung der hier streitigen Verhältnisse nicht stattfinden sollte, sondern offenbar nur gewählt wurde, um äußerlich das Tätigwerden des Gerichtsvollziehers zu bezeichnen. Jedenfalls ist es klar, daß bei der inkonsequenten Anwendung des Ausdrucks „Auftrag" auf keinen Fall ein derart weittragender Schluß gezogen werden kann, wie es das Reichsgericht tut.

Abgesehen hiervon aber entspricht auch die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, wie sie sich nach Maßgabe des Gesetzes darstellt, nicht den allgemeinen Begriffsmerkmalen, die für Verträge gelten. Der Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das auf der ausdrücklich oder stillschweigend zustandegekommenen Willensübereinstimmung der Kontrahenten beruht. Überträgt man diese Begriffsbestimmung auf das hier interessierende Verhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher, so findet man, daß die wesentlichsten Begriffsmerkmale eines zivilrechtlichen Vertrages hier nicht zutreffen. Das Verhältnis zwischen Gläubiger

[16]) Vgl. Falckmann, a. a. O. S. 66; Jastrow, a. a. O. S. 380.

und Gerichtsvollzieher beruht nicht auf einer gegenseitigen Willenseinigung, sondern der schriftliche oder mündliche Auftrag in Verbindung mit der Übergabe der erforderlichen Schriftstücke, stellt einen einseitigen Rechtsakt[17]) dar, der in dem Augenblick wirksam vollzogen ist, wo der Auftrag in den Willenskreis des Gerichtsvollziehers gelangt ist. Einer Annahme des Auftrages, also einer korrespondierenden Willenserklärung — sei es auch nur einer stillschweigenden — bedarf es nicht[18]). Vielmehr ist der Gerichtsvollzieher in dem nämlichen Augenblick, wo der Auftrag bei ihm eingeht, kraft Gesetzes zur Ausübung seines Amtes verpflichtet, ohne daß irgend eine Willensäußerung seinerseits erfolgt und überhaupt erforderlich ist. Die rechtlichen Wirkungen, die die Beauftragung des Gerichtsvollziehers auslöst, bestehen daher selbst dann, wenn der Auftrag in seiner Abwesenheit eingegangen ist; mit anderen Worten: selbst dann, wenn er von dem Auftrage noch keine Kenntnis erlangt hat. Nach der gegnerischen Ansicht aber würde für diesen Fall nur eine Offerte vorliegen, die erst dann für den Gläubiger rechtlich wirksame Folgen hätte, wenn sie der Gerichtsvollzieher tatsächlich angenommen und somit den Vertrag zum Abschluß gebracht hätte. Abgesehen davon, daß auf diese Weise leicht eine Benachteiligung derjenigen Gläubiger entstehen kann, welche die schriftliche Beauftragung des Gerichtsvollziehers wählen, widerspricht diese Auffassung auch dem Gesetze. Der § 754 der Zivilprozeßordnung bringt klar zum Ausdruck, daß lediglich in dem schriftlichen oder mündlichen Auftrage zur Zwangsvollstreckung die Beauftragung des Gerichtsvollziehers liegt, und dies ausreichend ist, um die hierselbst genannten Wirkungen entstehen zu lassen. Von einer Übernahme des Auftrages — sei es auch nur einer faktischen — ist im Gesetze nirgends die Rede. Man würde dieser Gesetzesbestimmung nur Zwang antun, wollte man hiermit irgendwie das Erfordernis der Übernahme des Auftrages durch den Gerichtsvollzieher finden.

Vollkommen klar und unverkennbar wird die einseitige Rechtsnatur der Beauftragung des Gerichtsvollziehers durch § 51 der Gerichtsvollzieherordnung zum Ausdruck gebracht. Hier heißt es:

---

[17]) Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 100.

[18]) Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 116; Geib, a. a. O. S. 76.

„Die mündliche oder schriftliche Erteilung des Auftrages an die Verteilungsstelle unter Aushändigung der zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Schriftstücke hat die gleiche Wirkung, als ob der Auftrag dem zuständigen Gerichtsvollzieher unmittelbar erteilt wäre."

Nach dieser Bestimmung bedarf es nicht einmal der Zuweisung des Auftrages an den Gerichtsvollzieher durch den die Verteilungsstelle leitenden Beamten, indem letzterer die für einen jeden der Gerichtsvollzieher bestimmten Schriftstücke in das mit dem Namen des Gerichtsvollziehers bezeichnete Fach legt, sondern schon allein die einseitige Erklärung des Auftraggebers an den Gerichtsschreiber genügt, um sofort den zuständigen Gerichtsvollzieher als beauftragt erscheinen zu lassen. Von einer Übernahme oder Annahme des Auftrages seitens des Gerichtsvollziehers ist hier schlechterdings nirgends die Rede.

Daß schließlich auch das Gesetz die Beauftragung des Gerichtsvollziehers nicht als einen Vertrag im Sinne des Privatrechts auffaßt, ergibt deutlich die Tatsache, daß es eine Klage gegen den Gerichtsvollzieher auf Erfüllung des Auftrages ausgeschlossen hat. Soll der Gerichtsvollzieher zur Erfüllung oder zur besseren Wahrnehmung seiner Dienstpflicht angehalten werden, dann kann der Gläubiger lediglich im Wege der Erinnerung gemäß § 766 der Zivilprozeßordnung vorgehen und das Vollstreckungsgericht anrufen, welches nunmehr die obrigkeitlichen Anordnungen zu treffen hat[19]). Daneben steht dem Gläubiger noch die Beschwerde im Dienstaufsichtswege zu. Alle diese gesetzlichen Bestimmungen tragen einen rein amtlichen Charakter und widersprechen der Annahme des Reichsgerichts, daß mit der Wahl des Wortes „Auftrag" das hier fragliche Rechtsverhältnis gesetzlich als Vertrag geregelt werden sollte.

Aus vorstehenden Darlegungen folgt mithin klar, daß die gesetzliche Bezeichnung „Beauftragung" und „im Auftrage" keineswegs zum Ausdruck bringen soll, daß das Verhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher den Tatbestand des zivilrechtlichen mandatum darstellt und als solches rechtlich zu behandeln ist. Sondern wie die Partei in Ansehung der dem Vollstreckungsgerichte zugewiesenen Zwangsvollstreckungen sich

[19]) Vgl. Geib, a. a. O. S. 78.

mit einem Gesuch, einem Antrage auf Vollstreckung an dasselbe wendet, so ist auch die Beauftragung des Gerichtsvollziehers — mag sie direkt oder durch Vermittlung des Gerichtsschreibers geschehen — nichts anderes als ein Antrag an die Gerichtsvollzieherbehörde, die teils durch den Einzelbeamten, oder, wo mehrere Gerichtsvollzieher in einem Bezirk beschäftigt sind, durch die Verteilungsstelle repräsentiert wird[20]).

Ferner betont das Reichsgericht als wesentliches Moment für das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses, daß in den Motiven der Zivilprozeßordnung zum Ausdruck gebracht werde, durch die Erteilung des Auftrages werde zwischen dem Gläubiger und Gerichtsvollzieher ein Mandatsverhältnis begründet. In der Tat führen auch die Motive aus, daß „aus der Selbständigkeit ihrer (der Gerichtsvollzieher) Stellung dem Gerichte gegenüber, ihre Stellung als Beauftragte der Gläubiger folge, welche ihre Tätigkeit in Anspruch nehmen“[21]. Gleichwohl aber kann hierin ein zwingender Grund für die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Auffassung nicht gefunden werden. Wenn es auch durchaus zulässig und vielfach sogar sehr wesentlich ist, bei der Auslegung einer Gesetzesnorm auf die Materialien zurückzugreifen, so darf doch immerhin nicht außer acht gelassen werden, daß denselben irgend welche bindende Kraft nicht innewohnt; daher ist es auch durchaus nicht selten, daß ein Gesetz entgegen der Auffassung der Motive ausgelegt wird, da es lediglich auf „den Sinn, der dem Gesetze immanent ist“[22]„ ankommt. Hält man hieran fest, dann erscheint es auch völlig gleichgültig, was die Gesetzesfaktoren oder die Regierung mit der Fassung des Gesetzestextes beabsichtigt haben. Maßgebend kann allein die Deutung sein, die das Gesetz selbst rechtfertigt.

Abgesehen hiervon aber ist es wohl möglich, die erwähnten Auslassungen der Motive ebenso für die hier vertretene Beamtentheorie zu verwenden, als sie vom Reichsgericht zugunsten der Mandatstheorie benutzt worden sind. Denn man kann zwanglos

---

[20]) Vgl. Förster-Eccius a. a. O.; Nessel in Gruchots Beiträgen, Bd. 28. S. 97; Schönfeld, Der preußische Gerichtsvollzieher, S. 8; Kohler, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2. S. 78.

[21]) Vgl. Motive, S. 411. bei Hahn, Materialien zur Z. P. O. 1880, Bd. 2,1, S. 440.

[22]) Vgl. Wach, Lehrbuch des Zivilprozesses, Bd. 1. S. 258.

sagen, es sollte damit nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß das Verhältnis des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher einem privatrechtlichen Auftrag entspricht, vielmehr kann man die erwähnten Auslassungen sehr wohl dahin auffassen, daß durch sie nur mitgeteilt wird, wie sich die Stellung des Gerichtsvollziehers zum Gericht nach dem neuen Gesetze darstellt. Während die früheren Exekutoren vom Richter abhängige Organe waren, wird nunmehr betont, daß sie neuerlich dem Gericht gegenüber selbständig sind und folgeweise nicht vom Richter, sondern von der Partei beauftragt, d. h. in Tätigkeit gesetzt werden[23]). Jedenfalls erhellt aber aus vorstehenden Darlegungen, daß auch diese Begründung des Reichsgerichts nicht durchgreift.

Endlich beruft sich das Reichsgericht zur wesentlichen Unterstützung der von ihm vertretenen Auffassung noch auf die Entwicklungsgeschichte des Gerichtsvollzieherinstituts, indem es ausführt, daß in allen Ländern, in welchen „das Institut der Gerichtsvollzieher bestanden hat, derselbe eine Doppelstellung hatte; er war zugleich öffentlicher Beamter und Mandatar der betreibenden Partei. Sein Rechtsverhältnis zu der letzteren wurde überall nach den Grundsätzen des Mandats beurteilt. An diese Entwicklung des Institutes hat die Zivilprozeßordnung sich angeschlossen, und ebenfalls dem Gerichtsvollzieher diese Doppelstellung gegeben“[24]). Wenn es auch richtig sein mag, daß der französische huissier unserem Gerichtsvollzieher zum Vorbilde gedient hat, so kann gleichwohl die Beweiskraft dieser Tatsache nicht anerkannt werden. Es ist vielmehr in dieser Hinsicht das nämliche zu sagen, wie bei der Begründung der Mandatstheorie aus den Materialien heraus: maßgebend ist allein die Deutung, die das Gesetz selbst zuläßt. Aber abgesehen hiervon ist doch der huissier nicht insofern vorbildlich gewesen, als er nach dem französischen Recht als Beauftragter der Partei im Sinne des Privatrechts angesehen wurde; offenbar wollte der Gesetzgeber nach seinem Bilde für das deutsche Recht einen Beamten schaffen, „der ebenso wie der huissier dem Gericht frei gegenübersteht, von der Partei unmittelbar beauftragt wird und im

---

[23]) Riedinger, a. a. O. S. 27; von Welck, in Gruchots Beiträgen, Bd. 36, S. 305.

[24]) R. G. Bd. 16, S. 402.

allgemeinen selbst über Zulässigkeit und Form der Zwangsvollstreckung entscheidet, statt in diesen Punkten den Befehlen des Richters unterworfen zu sein“[25]). Daß gerade ein im französischen Recht zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher bestehendes Mandatsverhältnis maßgebend gewesen sein soll, ist auch deshalb um so unwahrscheinlicher, als dies im französischen Recht nicht so unstreitig ist, wie es das Reichsgericht darstellt[26]). Wenn aber gerade dieser Umstand tatsächlich entscheidend gewesen wäre, dann könnte man mit Recht verlangen, daß dies mit klaren Worten in der Prozeßordnung zum Ausdruck gebracht worden wäre, oder wenigstens in den Motiven einen einigermaßen sicheren Anhalt gefunden hätte. Jedenfalls kann angesichts der Tatsache, daß das Gesetz eine klare Auskunft hierüber nicht gibt, auch dieser vom Reichsgericht aufgenommene Grund für die Richtigkeit der Mandatstheorie nicht für beweiskräftig erachtet werden.

Es steht somit fest, daß die wesentlichsten Beweisgründe, die das Reichsgericht für seine Auffassung ins Feld führt, an sich schon nicht zwingend sind. Abgesehen hiervon aber folgt die Unhaltbarkeit der Mandatstheorie auch noch aus anderen Gesichtspunkten heraus. Schon die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung sowie der Gerichtsvollzieherordnung, die den Inhalt der amtlichen Tätigkeit des Gerichtsvollziehers näher regeln, lassen hierüber keinen Zweifel obwalten. Aus ihnen erhellt klar, daß der Gerichtsvollzieher dazu berufen ist, als wesentliches Mitglied der Justizorganisation im öffentlichen Interesse an der Durchführung einer geordneten Rechtspflege mitzuwirken. Er ist, wie das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten die Aufgaben des Beamten treffend zusammenfaßt, „vorzüglich dazu bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten und befördern zu helfen“[27]). Diese Aufgaben erfüllt der Gerichtsvollzieher, indem er teils von Amts wegen, teils auf Ansuchen der Parteien nach den Vorschriften des Gesetzes und der von der Justizverwaltung erlassenen Ausführungsbestimmungen diejenigen Rechtsakte

---

[25]) Riedinger, a. a. O. S. 26.

[26]) Hellmann, a. a. O. S. 305 ff.

[27]) Vgl. A. L. R. § 1, II, 10.

vornimmt, die für seine Tätigkeit bestimmt sind. Maßgebend für seine Amtshandlungen — mögen dieselben auch in dem Auftrage einer Privatperson ihren äußeren Anlaß finden — ist ausschließlich das Gesetz und die Verordnung.

Wenn mithin der Gerichtsvollzieher auch nur auf Wunsch der Parteien für dieselben tätig wird, so stellt sich gleichwohl die ihm auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmungen innerhalb seines Wirkungskreises zustehende Amtsgewalt lediglich als ein Teil der Justizgewalt dar, die allein dem Staat zukommt. Sowohl als Zustellungsbeamter, wie insbesondere als Vollstreckungsbeamter tritt er nur als Organ der staatlichen Rechtspflege auf, durch das der Staat als Ausfluß seiner Justizhoheit ihm gebührende Rechte und Zwangsmaßregeln ausführen läßt[28]). Daher ist es auch allein der Staat, der gegen den Störer des Rechtsfriedens zwangsweise vorgeht, nicht die Partei. Dem steht auch nicht entgegen, daß die Zivilprozeßordnung von dem Prinzip des Parteibetriebes beherrscht wird[29]). Denn auch das Prozeßgericht ist nur in der Lage, tätig zu werden, wenn der Kläger die Klage erhebt, und es muß seine Tätigkeit wieder einstellen, sobald es den Parteien gefällt, das Verfahren ruhen zu lassen. Trotz dieser Abhängigkeit von dem Willen der Parteien sind es lediglich Hoheitsakte, die den Inhalt der richterlichen Tätigkeit bilden. Ebenso wird auch bei der Vornahme einer Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher im Auftrage der Partei nichts an der Tatsache geändert, daß lediglich der Staat der Träger der Vollstreckungsgewalt ist und damit zugleich auch stets das Subjekt bei Ausübung derselben darstellt. Wenn der Gerichtsvollzieher in Tätigkeit tritt, so kommt er damit im Namen des Staates einer Pflicht desselben nach, deren Erfüllung dem Staatsbürger verfassungsmäßig verbrieft ist: „Der Rechtsschutzpflicht“[30]). Der Auftrag ist mithin nichts anderes als die Bitte um Realisierung des Anspruches auf Vollstreckung, der sich der Staat nicht entziehen kann. Zur Erfüllung dieser Pflicht ist eigens der Gerichtsvollzieher angestellt, dessen Handlungen

---

[28]) Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 108 ff.; Förster-Eccius, a. a. O.

[29]) Riedinger, S. 28 ff.

[30]) Hellwig, a. a. O. S. 108, Anm. 23; anders Geib, der entgegen Hellwig die „rein“ publizistische Natur des Vollstreckungsrechts leugnet, vgl. a. a. O. S. 39 ff.; insbes. S. 42.

durch das Gesetz vorgezeichnet und sanktioniert sind. Angesichts dieser hoheitsrechtlichen Natur der Zwangsvollstreckung ist es daher unmöglich, die diesbezüglichen Dienste des Gerichtsvollziehers, der den Staat vertritt, zum Gegenstande eines privatrechtlichen Vertrages zu machen. Es erhellt vielmehr mit Klarheit, daß eine unmittelbare persönliche Rechtsbeziehung des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger privatrechtlicher Natur durch die Entgegennahme eines Auftrages mithin nicht eintritt. Die Annahme des Auftrages hat vielmehr nur die rechtliche Wirkung, daß der Gerichtsvollzieher nunmehr die öffentlich-rechtliche Pflicht überkommen hat, nach Maßgabe des Gesetzes und seiner Dienstanweisung staatliche Rechte und Pflichten zur Durchführung zu bringen. Und diese Pflicht beruht — mag man nun der Ansicht sein, daß die Anstellung des Beamten seitens des Staates sich als ein öffentlich-rechtlicher Vertrag darstellt[31]), oder daß sie durch eine einseitige Verfügung der Staatsgewalt geschieht[32]) — stets in dem Dienstverhältnis, das durch die Anstellung begründet wird. Der Gerichtsvollzieher wird mithin nur als Beamter tätig und handelt mit anderen Worten lediglich in Erfüllung seiner dem Staate gegenüber bestehenden Dienst- und Beamtenpflicht.

Anknüpfend an die Mandatstheorie vertreten deren Anhänger weiter die Ansicht, daß der Gerichtsvollzieher in seiner Eigenschaft als Vollstreckungsbeamter Stellvertreter des Gläubigers ist[33]). Auch das Reichsgericht ist in seinem mehrfach erwähnten Beschluß dieser Auffassung beigetreten und hat sich der Ansicht angeschlossen, daß die Grundlage für die Vertretungsmacht in der legalen Vollmacht der Zivilprozeßordnung zu erblicken ist, folgend aus dem Auftragsverhältnis. Es führt in dieser Hinsicht aus: „Der Gläubiger kann die dem Gerichtsvollzieher nach § 753 gegebene gesetzliche Vollmacht im Ver-

---

31) Vgl. Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. 1, § 44, S. 411 ff. (S. 419); Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, S. 131.

32) Vgl. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, S. 489 ff.; Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 B. G. B., S. 11.

33) Rottmann, a. a. O. S. 46; Hahn, a. a. O. S. 354; Falkmann, a. a. O. S. 67 ff.; von Welck, a. a. O. S. 532; Jastrow, a. a. O. S. 371, u. a. m.

hältnis zum Gerichtsvollzieher beschränken . . . . . In der Zivilprozeßordnung ist bestimmt, in welchem Umfange der Gerichtsvollzieher durch den Auftrag der Partei zu deren Vertretung legitimiert wird; darüber hinaus hat er Vertretungsbefugnis kraft Gesetzes nicht"[34]).

Indessen, es kann auch in dieser Hinsicht den Gegnern nach der hier vertretenen Auffassung von der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers nicht zugestimmt werden. Auch die Annahme einer Stellvertretung seitens des Gerichtsvollziehers findet in der Stellung desselben als Beamter ihre volle Widerlegung[35]). Wie oben näher dargelegt worden ist, handelt der Gerichtsvollzieher bei der Vornahme der Zwangsvollstreckung als Organ des Staates, der kraft seiner Hoheitsmacht der Träger der Zwangsgewalt ist und auch bei Ausübung derselben bleibt. War vorher aus diesem Grunde ein privatrechtliches Vertragsverhältnis unmöglich, so zerschellt hieran auch die neuerlich aufgeworfene Frage. Der Beamte, der in Ausübung des ihm vom Staate übertragenen Amtes als dessen Organ Hoheitsakte vornimmt, kann nicht zugleich auch privatrechtlicher Stellvertreter des Gläubigers sein. Andernfalls müßte auch das Vollstreckungsgericht Stellvertreter des Gläubigers sein, da dies ebenfalls Organ der Zwangsvollstreckung ist und als solches die nämliche Stellung einnimmt wie der Gerichtsvollzieher. In konsequenter Weise müßten die Gegner auch den Gerichtsschreiber, der gemäß § 52 der Gerichtsvollzieherordnung den Zwangsvollstreckungsauftrag vermittelt, als Stellvertreter des Gläubigers ansehen. Diese Konsequenzen ziehen die Gegner indessen nicht.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen ist somit kurz zusammengefaßt folgendes: Irgend welche privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Gerichtsvollzieher und einem Beteiligten sind vollkommen ausgeschlossen. Der Gerichtsvollzieher ist vielmehr lediglich Beamter und bringt als staatliches Organ auf staatlichem Hoheitsrechte beruhende öffentlich-rechtliche Verwaltungsverfügungen zur Durchführung.

---

[34]) R. G. Bd. 16, S. 402.

[35]) Hellwig, a. a. O. S. 107, 108; Schönfeldt, a. a. O. S. 8; Bunsen, a. a. O. S. 124; vgl. Geib, a. a. O. S. 80.

II.

Die persönliche Haftung des Gerichtsvollziehers.

Nach diesen Erörterungen scheidet mithin für die Beantwortung des gestellten Themas die Möglichkeit, daß der Gläubiger den Gerichtsvollzieher auf Grund eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses, insbesondere eines Vertrages, in Anspruch nehmen kann, von vornherein ohne weiteres aus. Nach der hier vertretenen Auffassung von der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers ist dieser vielmehr allen Beteiligten in gleicher Weise nur außerkontraktlich verhaftet und zwar lediglich auf Grund seiner Beamtenstellung. Es ist daher nunmehr zu prüfen, in welcher Weise außervertraglich Ansprüche gegen den Gerichtsvollzieher geltend gemacht werden können.

§ 3.

1. Verhältnis von § 823 zu § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

In dieser Richtung können auf den ersten Blick zwei Bestimmungen des die außervertraglichen Schadenersatzansprüche regelnden 25. Titels des zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches in Frage kommen, nämlich § 823 und § 839. Der § 823 bestimmt allgemein:

> „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.
>
> Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein."

Der § 839 dagegen stellt für den Fall einer Verletzung der Amtspflicht seitens des Beamten besondere Normen auf, indem er, soweit er hier in Betracht kommt, vorschreibt:

> „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zur ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.
>
> Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden."

Da § 839 besondere Normen für die Haftung der Beamten aus Amtsdelikten aufstellt, so erhebt sich zunächst die Frage, ob in denjenigen Fällen, in welchen die Voraussetzungen dieser Sondervorschriften gegeben sind, die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des § 823 ausgeschlossen sein soll, oder ob, falls sowohl die Voraussetzungen des § 823 wie des § 839 erfüllt sind, nach Wahl des Gläubigers entweder auf § 823 oder auf § 839 ein Schadensersatzanspruch begründet werden kann. Diese Frage ist darum von Erheblichkeit, weil die Haftung auf Grund des § 823 eine primäre und absolute ist, während diejenige nach § 839 gemäß Absatz 3 dieses Paragraphen überhaupt abgewendet werden kann und gemäß Absatz 1, Satz 2 — für den Fall der Fahrlässigkeit wenigstens — nur subsidiär eintritt, wenn nämlich nicht auf andere Weise Ersatz erlangt werden kann.

Da die Wortfassung der beiden Gesetzesbestimmungen keinen Anhalt für die Entscheidung der erwähnten Frage bietet, so ist es erforderlich, auf ihre Entstehungsgeschichte zurückzugreifen, um den wahren Willen des Gesetzgebers zu ermitteln.

Der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch stellt im § 704 (823) eine allgemeine Schadensersatzpflicht dahin auf, daß jeder, der durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene widerrechtliche Handlung einem anderen Schaden zufügt, diesem zum Ersatze verpflichtet ist. Grundsätzlich sollte diese Bestimmung auch für den Beamten gelten. Lediglich deshalb jedoch erachtete der Gesetzgeber eine besondere Bestimmung hinsicht-

lich der Amtsdelikte der Beamten für erforderlich, um, wie die Motive sagen[36]), bei gänzlichem Stillschweigen in diesem Punkte einem doppelten Mißverständnis vorzubeugen:

> „Bei der kurzen Fassung des § 704 kann leicht die Auslegung Vertretung finden, daß jede Verletzung der Amtspflicht als eine widerrechtliche Handlung im Sinne des § 704 anzusehen sei. Das Ergebnis einer solchen Auslegung ist aber unhaltbar. Die Beamten schlechthin für den Schaden, welcher aus der Verletzung irgend einer Dienstpflicht einem Dritten entstanden ist, nach Maßgabe des § 704 verantwortlich zu machen, würde bei der großen Zahl von Dienstvorschriften, welchen nur der Charakter von bloßen Ordnungsvorschriften beiwohnt, zu unerträglichen Härten führen. Umgekehrt kann, wenn das Gesetz schweigt, auch die Ansicht Raum gewinnen, daß die Verletzung der Amtspflicht, sofern dieselbe nicht in den allgemeinen Strafgesetzen vorgesehen sei, oder einen unberechtigten Eingriff in den Kreis der absoluten Rechte eines anderen enthalte, auf Grund des § 704 niemals zum Schadensersatze verpflichte, da die verletzte Pflicht nur als obligatorische gegenüber dem Staate, der Gemeinde usw. als Dienstherrn besteht, und demzufolge auch nur der Dienstherr einen Anspruch auf Schadensersatz zu erheben vermöge."

Auf Grund dieser Bedenken hat der Gesetzgeber sich veranlaßt gesehen, im § 736 (839) den Gedanken zum Ausdruck zu bringen,

> „daß ein Beamter, welcher die ihm Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verletzt, eine widerrechtliche Handlung begeht, welche ihn nach Maßgabe des § 704 und der zur Ergänzung des letzteren dienenden Bestimmungen der §§ 722/26, 728 für den aus der Verletzung der Amtspflicht entstandenen Schaden verantwortlich macht".

Hieraus erhellt deutlich, daß § 736 lediglich geschaffen wurde, um die Tragweite des § 704 für den besonderen Fall

---

[36]) Vgl. Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. 2, S. 823.

der Schadenszufügung durch Verletzung einer Amtspflicht näher zu erläutern.

Diesen Charakter einer Erläuterung des § 704 für einen besonderen Kreis von Fällen hat § 736 auch durch den weiteren Lauf der Entwicklung nicht verloren, obwohl § 704 in der Folge eine teils redaktionelle, teils materielle Umgestaltung erfahren hat. § 736 sollte nach den Motiven klarstellen, welche Handlungen im Falle des Beamtendelikts als widerrechtlich im Sinne des § 704 zu erachten seien. Während der Gesetzgeber des ersten Entwurfes nur für den besonderen Fall des Beamtendelikts Bedenken hatte, daß der Begriff „widerrechtlich" eine falsche Auslegung erfahren könnte, hegte man bei Abfassung des zweiten Entwurfes diese Bedenken offenbar allgemein. So kam es, daß die nämliche Klarstellung des genannten Begriffes — die für Beamtendelikte wenigstens nach einer Richtung hin bereits im § 736 enthalten war — nochmals allgemein im § 704 vorgenommen wurde. § 736 stellt klar, daß als widerrechtliche Handlung die Verletzung der einem Dritten gegenüber bestehenden Amtspflicht zu gelten hat; § 740 des zweiten Entwurfes verallgemeinert diesen Grundsatz dahin, daß widerrechtlich handelt, wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Aus dieser geschichtlichen Entwicklung erhellt, daß der jetzige § 839 trotz der späteren Neufassung des § 823 in seinem Verhältnis zu letzterem eine andere Bedeutung nicht erlangen sollte.

Es könnte sich, wenn die vorstehenden Darlegungen zutreffen, nunmehr fragen, ob nicht die Bestimmung des § 839 Abs. 1 Satz 1 hätte gestrichen werden müssen. Denn angesichts der Tatsache, daß die im § 839 Abs. 1 Satz 1 gegebene Erläuterung allgemein im § 823 gegeben wurde, könnte sie überflüssig erscheinen. Die aufgeworfene Frage ist jedoch zu verneinen. Denn § 839 Abs. 1 Satz 1 gibt gegenüber § 823 Abs. 2 noch immer eine ganz besondere Klarstellung nach der Richtung hin, was als Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes im Falle des Beamtendelikts zu erachten sei — nämlich die Verletzung der einem anderen gegenüber bestehenden Amtspflicht.

So gelangt man zu dem Ergebnis, daß die Bedeutung des § 839 Satz 1 dahin zu umschreiben ist: als ein Verstoß gegen

ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 stellt sich ein Amtsvergehen dann dar, wenn ein Beamter die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt. Hieraus folgt aber gleichzeitig mit zwingender Notwendigkeit, daß die zur Beschränkung des § 839 Satz 1 gegebenen Bestimmungen auch gegenüber der deliktischen Haftung aus § 823 Abs. 2 Platz greifen, oder mit anderen Worten, daß die Haftung aus § 823 Abs. 2 und § 839 Abs. 1 Satz 1 nicht zwei kumulativ nebeneinander bestehende Ansprüche gewährt, sondern ein einheitliches Forderungsrecht darstellt.

Ebensowenig bestehen naturgemäß auch für den Fall, daß die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 neben denen des § 839 Abs. 1 Satz 1 gegeben sind, zwei getrennte unabhängige Ansprüche, sodaß bei einer Klage aus § 823 Abs. 1 dem Beamten die Einschränkung des § 839 nicht zugute käme. Sondern es liegt ebenfalls nur ein einheitliches Forderungsrecht vor, zumal da § 839 in seiner allgemein gehaltenen Fassung auch die im § 823 Abs 1 aufgezählten Rechtsgüter mitumfaßt.

Zu dem vorstehend gewonnenen Ergebnis gelangt auch die Mehrzahl der Schriftsteller, welche sich mit dieser Frage beschäftigt haben[37]). Demgegenüber wird zwar von einer Reihe anderer Schriftsteller[38]) eine gegenteilige Meinung vertreten, indem dem § 839 im System der unerlaubten Handlungen eine völlig selbständige Stellung eingeräumt, und jeder Zusammenhang mit § 823 geleugnet wird, derart, daß nach der neuen endgültigen Fassung des Gesetzes § 839 als lex specialis vor § 823 gegebenenfalles den Vorzug hat. Die Vertreter dieser Ansicht verkennen oder vergessen indessen offenbar die in den

---

[37]) Vgl. die Ausführungen bei Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 S. 1031; Liszt, Die Deliktsobligationen, S. 44; Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten, II, S. 952; Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, S. 907, Anm. 3; Achilles, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Anm. 1 zu § 839; ähnlich auch Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, S. 1071, Anm. 2; vgl. auch Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, S. 986.

[38]) Vgl. Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, S. 99 ff.; Hachenburg, Vorträge zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 429; Delius, die Haftpflicht der Beamten, S. 28; Meltz, a. a O. S. 3 ff.; Nöldecke, in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 810 ff.

Motiven so deutlich ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers, im § 839 eine Auslegungsregel für § 823 Abs. 2 zu schaffen, für deren Änderung auch durch die neue Fassung der genannten Gesetzesbestimmungen ein begründeter Anhalt nirgends gefunden werden kann. Vielmehr ist auf das unverändert gebliebene Fortbestehen der erwähnten gesetzgeberischen Absicht umsomehr zu schließen, als „eben jene Bedenken, die zur Aufstellung des § 839 führten, auch heute noch fast in demselben Maße zutreffen“[39]).

§ 5.

2. Die Beamtenhaftpflicht.

Nach dem Vorstehenden kann mithin nur ein Anspruch gegen den Gerichtsvollzieher geltend gemacht werden und zwar nach Maßgabe des § 839[40]). Die Schadensersatzpflicht des Gerichtsvollziehers bestimmt sich daher allen Beteiligten gegenüber lediglich nach den Grundsätzen der Beamtenhaftpflicht, die durch § 839 in besonderer, eigenartiger Weise geregelt ist. Demnach kann der Gerichtsvollzieher ebenso wie jeder andere Staatsbeamte nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung im konkreten Fall gegeben sind.

a) Verletzung einer einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht.

Der Gerichtsvollzieher muß hiernach, sofern er natürlich in Ausübung seiner Berufstätigkeit, nicht etwa nur gelegentlich derselben Schaden angerichtet hat, als erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 839 eine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt haben. Da das Gesetz den Begriff Amtspflicht nicht näher erläutert, so wird man seinen Inhalt vornehmlich nach den Bestimmungen des öffentlichen Rechts auslegen müssen, welches gleichzeitig mit der Anstellung

---

[39]) Vgl. Windscheid-Kipp, a. a. O. S. 952.

[40]) Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 116 und dort in Anm. 70 zitierte; auch Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 2, S. 730, Anm. 5.

des Beamten durch den Staat auch die allgemeinen Vorschriften über die Rechte und Pflichten desselben näher festgelegt hat[41]). Die Amtspflichten, die hiernach dem Beamten auferlegt sind, verpflichten ihn zu einem großen Teil nur dem Staate gegenüber, wie z. B. die Fälle der Dienstinstruktionen und Ordnungsvorschriften. Diese scheiden ohne weiteres aus; hier kommen nur solche Pflichten in Betracht, die dem Beamten dritten Privatpersonen gegenüber auferlegt sind[42]). Besondere bindende Regeln bestehen in dieser Hinsicht nicht und lassen sich naturgemäß auch nicht aufstellen, sodaß es häufig streitig werden wird, ob die verletzte Vorschrift zu den Amtspflichten zugehört, von denen § 839 handelt. Es bleibt daher im konkreten Falle Sache des Richters, nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob dieselbe dem Beamten Dritten gegenüber auferlegt war oder nicht. Hierbei wird er jedenfalls dann keinen Fehlspruch tun, wenn er den Sinn und vornehmlich den Zweck der verletzten Norm ins Auge faßt und insbesondere erwägt, ob diese verletzte Norm eine derjenigen Amtspflichten begründet, „die dem Beamten für seinen Verkehr mit dem Publikum und zu dessen Gunsten auferlegt sind, zum Schutze der einzelnen Mitglieder des Staatswesens“[43]). In dieser allgemeinen Regel wird der Richter stets eine zweckmäßige Richtschnur für seine diesbezügliche Entscheidung finden.

Besonders wichtig ist in dieser Beziehung, speziell für den Gerichtsvollzieher, die Geschäftsanweisung für diese Beamten vom 1. Dezember 1899. Daselbst wird im § 1 Abs. 2 bestimmt:

> „Die Anweisung soll dem Gerichtsvollzieher das Eindringen in das Verständnis der gesetzlichen Vorschriften erleichtern; sie entbindet ihn aber nicht von der Verpflichtung, sich eine genaue Kenntnis dieser Vorschriften

---

41) Vgl. Planck, a. a. O. S. 1032; Achilles, a. a. O., Anm. 2 zu § 839; auch Türcke, Niedenführ und Winter, Das bürgerliche Recht, S. 727.

42) Vgl. u. a. Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 908, II, 2; Niedenführ, a. a. O. S. 727.

43) Oertmann, a. a. O. S. 985; ähnlich Planck, a. a. O. S. 1032 ff.; Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, S. 1156; Endemann, a. a. O. S. 1271, Anm. 2.

aus dem Gesetze selbst anzueignen . . . . . Jeder Verstoß gegen eine solche gesetzliche Vorschrift kann den Gerichtsvollzieher seinem Auftraggeber oder dem Schuldner gegenüber zum Schadensersatze verpflichten."

Aus dieser Wortfassung geht klar hervor, daß die Zweckbestimmung dieser Geschäftsanweisung dahin geht, dem Gerichtsvollzieher in der Ausübung seines Amtes den richtigen und zweckmäßigsten Weg zu weisen, ihn vor Fehlern irgend welcher Art möglichst zu schützen. Ihre Vorschriften werden sich mithin in der weitaus größeren Anzahl als solche Vorschriften darstellen, die in erster Linie im Interesse und zu Gunsten des Publikums gegeben sind, um demselben eine möglichst große Sicherheit und Erfahrung dieser Kategorie von Beamten in ihrem Amte zu gewährleisten. Eine Verletzung dieser Vorschriften wird sich daher in den meisten Fällen auch als eine Verletzung der dem Gerichtsvollzieher einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht darstellen und ihn gemäß § 839 verantwortlich machen[44]).

b) Verschulden.

Eine weitere Voraussetzung erfordert, daß der Gerichtsvollzieher vorsätzlich oder fahrlässig seine Amtspflicht verletzt hat. Das hier geforderte Verschulden bezieht sich also lediglich auf die Verletzung der Amtspflicht und nicht auf die Schädigung[45]). Hier könnte zwar zunächst der Gedanke Platz greifen, daß für den Gerichtsvollzieher insofern eine Besonderheit besteht, als in einem gewissen Fall auch ohne ein solches Verschulden eine Ersatzpflicht eintreten kann und zwar auf Grund der Bestimmung des § 51 der Gerichtsvollzieherordnung. Diese schreibt nämlich im Abs. 1 Satz 1 vor:

„Die mündliche oder schriftliche Erteilung des Auftrages an die Verteilungsstelle unter Aushändigung der zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Schriftstücke hat die gleiche Wirkung, als ob der Auftrag

---

[44]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 1033 (oben); R. G. Bd. 51, S. 261.

[45]) Vgl. Liszt, a. a. O. S. 44; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. S. 1157; Niedenführ, a. a. O. S. 727; Windscheid-Kipp, a. a. O. S. 952; Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches I, 3 zu § 832.

dem zuständigen Gerichtsvollzieher unmittelbar erteilt wäre."

Es könnte nach der Wortfassung dieser Bestimmung den Eindruck gewinnen, als ob zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher bereits durch die Übergabe des Auftrages an den Gerichtsschreiber der Verteilungsstelle ein rechtliches Band begründet werden soll, derart daß der Gerichtsvollzieher in der nämlichen Weise in Anspruch genommen werden könnte, als wenn ihm selbst der Auftrag in dem Augenblick erteilt wäre, in dem er tatsächlich bei der Verteilungsstelle eingegangen ist. Es wäre indessen verfehlt, dem § 51 der Gerichtsvollzieherordnung eine derartige rechtliche Tragweite beimessen zu wollen. Bei einer solchen Auslegung würde man dem § 51 die Kraft zugestehen, eine neue, bisher in der Rechtsordnung nicht begründete, materielle zivilrechtliche Norm zu schaffen. Diese Kraft muß aber der Gerichtsvollzieherordnung mit Rücksicht auf ihre durch Gesetz festgelegte Zweckbestimmung grundsätzlich abgesprochen werden. Nach § 157 des Gerichtsverfassungsgesetzes, in dessen Erfüllung sie erlassen ist, sind durch sie nur die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher zu regeln. Mithin können ihre Bestimmungen nur die Bedeutung formaler Anordnungen der Justizverwaltung an ihre ausführenden Organe in Sachen des hier in Betracht kommenden Verwaltungsgebietes haben.

Berücksichtigt man diese grundsätzliche Bedeutung und Zweckbestimmung der Gerichtsvollzieherordnung, dann ist es ohne weiteres klar, daß § 51 neue materielle Rechtsbeziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Beamten des Vollstreckungsdienstes weder schaffen kann noch soll. Vielmehr soll er offenbar nur feststellen, daß diejenigen zivilprozessualischen Rechte, welche sich an und für sich an die dem Gerichtsvollzieher persönlich erteilten Aufträge knüpfen, schon durch die Beauftragung der Verteilungsstelle zur Entstehung gelangen. Hierzu gehören insbesondere alle diejenigen Rechte, die im § 754 der Zivilprozeßordnung aufgeführt sind. Eine Besonderheit gilt mithin für den Gerichtsvollzieher in dieser Beziehung nicht, vielmehr muß auch ihn in Ansehung der Verletzung seiner Amtspflicht in allen Fällen ein Verschulden treffen.

Daß der Gerichtsvollzieher, wie jeder Beamte überhaupt,

vorsätzlich einem anderen in Ausübung seines Amtes Schaden zufügt, wird bei der Gewissenhaftigkeit und Pflichttreue, die dem deutschen Beamtentum eigen ist, zu den Seltenheiten gehören. Häufiger dagegen wird der Fall eintreten, daß der Beamte durch Übersehen einer der vielen Gesetzesvorschriften, die dem Schutze des Publikums dienen, fahrlässigerweise Schaden anrichtet. Für den besonderen Fall des Amtsdeliktes hat man den Begriff der Fahrlässigkeit einer besonderen Erörterung unterzogen[46]) und in eigener Weise aufzufassen gesucht, indem man Begriffe, wie Idealbeamter, Durchschnittsbeamter, ordentlicher Beamter usw. aufstellt. Nichts zwingt indessen zu irgend einer schematischen Abstufung der vom Beamten zu beobachtenden diligentia. Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert im § 276 ein für allemal den genannten Begriff dahin, daß „fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt". Da dieser Begriff, wo er auch jedenfalls im Recht der Schuldverhältnisse, im zweiten Buche des Bürgerlichen Gesetzbuches, wiederkehrt, dieselbe Anwendung findet, so läßt sich nicht einsehen, aus welchem Grunde er für den besonderen Fall des Amtsdelikts eine andere Auslegung erfahren soll[47]), zumal weder das Gesetz selbst noch die Motive hierzu irgend welche Anhaltspunkte gewähren. Insbesondere aber ist nicht ersichtlich, weshalb im Falle des Amtsdelikts der Begriff der Fahrlässigkeit mit einem derartig individuellen Maßstab gemessen werden soll, daß man die eigene Urteilsfähigkeit und Einsicht des Beamten[48]) der Frage zugrunde legen müsse, ob er im konkreten Falle fahrlässig gehandelt hat oder nicht. Eine derartige Individualisierung des genannten Begriffes würde auch zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Denn dann genügte es für den Gegner zur Klagebegründung nicht, wenn er einen rein objektiven Fehler des Beamten nachwiese, um von diesem die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt abzuleiten, sondern er

[46]) Vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen bei Meltz, a. a. O. S. 17 ff. und bei Klewitz, die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen, S. 20 ff.

[47]) Achilles, a. a. O., Vorbemerkung zu § 276; Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 909, Anm. 13; Hüssener, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht S. 23.

[48]) Vgl. Nöldecke in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 813.

müßte bei einer derartigen individuellen Auffassung des Begriffs „Fahrlässigkeit" diese in der eigenen Persönlichkeit des Beamten begründen. Dies ist indessen für den Kläger ein kaum zu erbringender Beweis, da er die Persönlichkeit des Beamten, insbesondere seine Fähigkeiten schlechterdings nicht kennen kann, um zu ermessen, ob er hiernach schuldhaft gehandelt hat.

Nicht unerwähnt möge hier bleiben, daß man hinsichtlich der Reichsbeamten insofern eine Besonderheit statuiert hat, als diese Beamtenkategorie schlechthin für jedes gesetzwidrige Verhalten verantwortlich sein soll[49]). Diese Ansicht wird auf § 13 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 gestützt; hier heißt es nämlich:

„Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich."

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Der § 13 des zitierten Gesetzes will zweifellos nur zum Ausdruck bringen, daß wie alle übrigen, so auch die Reichsbeamten überhaupt einer gerichtlichen Verfolgung und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen. Wann und unter welchen Voraussetzungen dagegen dieselben schadensersatzpflichtig sind, will die genannte Gesetzesbestimmung nicht vorschreiben. Vielmehr entscheiden hierüber diejenigen Grundsätze, die allgemein die Beamtenhaftpflicht regeln[50]).

c) Schadenszufügung.

Endlich muß, um die Anwendbarkeit des § 839 zu begründen, der Nachweis erbracht werden, daß dem Kläger ein Schaden erwachsen ist.

Was zunächst den Begriff des Schadens anlangt, so ist weder durch den allgemeinen Sprachgebrauch noch durch die Rechtssprache eine Einschränkung desselben nach der einen oder anderen Richtung hin geschaffen worden. Wie das preußische Landrecht unter „Schaden" nicht nur Vermögensschaden, sondern „jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder

[49]) Vgl. Laband, a. a. O. Bd. 1, S. 431 ff.

[50]) Vgl. Staudinger, a. a. O. II, S. 1519, 13; Nöldecke, a. a. O. 813, 30; Delius, a. a. S. 8.

Ehre oder seines Vermögens“[51]) begriff, so muß auch für das Bürgerliche Gesetzbuch prinzipiell „jede Minderung der Lebensstellung eines Rechtssubjekts“ als Schade bezeichnet werden[52]). Dies ergibt sich auch zwanglos aus dem Gesetze selbst. Nach § 253 B. G. B. kann wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. Denn das Gesetz räumt mit dieser Vorschrift ein, daß außer dem Verlust am Vermögen auch durch Einbuße anderer Rechtsgüter ein Schade zur Entstehung gelangen kann. Inwieweit indessen die Erstattungspflicht reicht, richtet sich, soweit sich aus dem Gesetze selbst nichts anderes ergibt, stets nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 ff. B. G. B. Der ersatzpflichtige Beamte hat mithin nicht allein den früheren Zustand wieder herzustellen oder Geldentschädigung zu leisten, sondern er ist auch zum Ersatze des entgangenen Gewinns verpflichtet[53]).

Was diesen letzteren Begriff betrifft, so könnte zweifelhaft sein, ob hierzu auch derjenige Erwerb gerechnet werden muß, der noch nicht Gegenstand des Rechtsschutzes durch das Gesetz geworden ist, sondern vorerst nur noch eine in der Person des Verletzten begründete Chance, einen künftigen Vorteil erwirken zu können, bildet. Es fragt sich mit anderen Worten, ob nur eine Rechts- oder auch schon jede Interessenverletzung zur Schadensersatzpflicht führt. Daß die Pflicht zur Entschädigung stets dann begründet ist, wenn der entstandene Schaden auf Verletzung eines unmittelbaren Rechtsanspruches begründet ist, kann keinem Bedenken unterliegen. Man wird indessen darüber hinaus auch die Interessenverletzung als ausreichend erachten müssen, eine Schadensersatzpflicht herbeizuführen[54]). Es würde sich nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbaren lassen, wenn jemand ungestraft in die Interessen seines Mitmenschen, mögen es auch noch so fragwürdige sein, eingreifen könnte. Selbstverständlich darf man sich hierbei nicht

[51]) Vgl. A. L. R. § 1. I,6.

[52]) Staudinger, a. a. O. II, 28.

[53]) Vgl. Meltz, a. a. O. S. 32; Staudinger, a. a. O., Vorbemerkung VII vor § 823.

[54]) Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, S. 68; A. M. Oertmann, a. a. O. S. 39 a. E., vgl. S. 935/36.

im Grenzenlosen verlieren[55]. Es genügt keinesfalls, lediglich die bloße Möglichkeit, daß ein Erwerb eintreten kann, sondern man wird verlangen müssen, daß eine hohe Wahrscheinlichkeit die Erwartung desselben gewährleistet. Dies muß unbedingt bei der Ersatzpflicht des Beamten gelten. Man wird hier sogar angesichts der klaren Wortfassung des Gesetzes fordern müssen, daß der Schade zwar nicht schon eingetreten, immerhin aber mit einer bestimmten Sicherheit zu erwarten ist.

d) Subsidiäre Haftung.

Während der Beamte nun für den Fall einer vorsätzlichen Pflichtverletzung unmittelbar von dem Beschädigten in Anspruch genommen werden kann, hat das Gesetz für den Fall eines fahrlässigen Amtsvergehens in § 839 Abs. 1 Satz 2 eine Besonderheit statuiert, durch die der Beamtenhaftpflicht ein eigenes Gepräge verliehen wird, das sie von den anderen Deliktsgruppen wesentlich unterscheidet. § 839 Abs. 1 Satz 2 lautet:

> „Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag."

Nach dieser Bestimmung haftet demnach der Beamte für den Fall einer fahrlässigen Pflichtverletzung nicht direkt, sondern nur subsidiär, nämlich erst dann, wenn der Beschädigte die Unmöglichkeit nachgewiesen hat, auf andere Weise Ersatz zu erlangen. Denn dann erst ist die Klage aus § 839 gegen den Beamten begründet. Man hat hier zwar die Behauptung aufgestellt, „daß den Beamten in Ansehung des Vorhandenseins der seine Ersatzpflicht aufhebenden Momente die Beweislast trifft"[56] und § 839 Abs. 1 Satz 2 den Charakter einer Einrede der Vorausklage beigemessen[57]. Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Wie das Bürgerliche Gesetzbuch über die Frage, wer im Einzelfalle beweispflichtig ist, von einigen positiven Aus-

---

[55]) Vgl. Staudinger, a. a. O. S. 53; Oertmann, S. 38.

[56]) Vgl. Linckelmann, a. a. O. S. 101.

[57]) Vgl. Nöldecke, a. a. O. S. 813; Hüssener, a. a. O. S. 27; ähnlich auch Endemann, a. a. O. I, S. 1272.

nahmen[58]) abgesehen, überhaupt keine ausdrücklichen Vorschriften enthält, so bürdet es auch vorliegend die Beweislast dem Kläger nicht ausdrücklich auf. Gleichwohl muß dies aber hier mit Rücksicht auf den eigentümlichen Sprachgebrauch und auf Grund einer grammatisch-logischen Interpretation des § 839 Abs. 1 Satz 2 als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend erachtet werden. Es kann nicht angenommen werden, daß ein Anspruch gegen den Beamten an und für sich schon dann begründet sein soll, wenn die Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 Satz 1 erfüllt sind, und Abs. 2 somit nur eine Einrede zu seinen Gunsten statuieren soll. Wäre dies beabsichtigt gewesen, so würde das Gesetz mit hoher Wahrscheinlichkeit seinem sonstigen Sprachgebrauch gefolgt sein, indem es sich einer der für die Einführung von Einreden ständig angewendeten Formeln, wie z. B. „ausgeschlossen", „es sei denn, daß", „sofern nicht", „dies gilt nicht", „diese Vorschrift findet keine Anwendung", bedient hätte.

Auch bei der Prüfung nach logischen Grundsätzen kommt man zu diesem Ergebnis. Da das Gesetz schlechthin bestimmt, daß bei fahrlässiger Amtspflichtverletzung ein Anspruch nicht besteht, wenn anderweitig Ersatz erlangt werden kann, so würde man dem Wortlaut Zwang antun, wenn man annehmen wollte, daß der Bedingungssatz eine Einrede enthielte. Denn wenn das Gesetz ausdrücklich bestimmt, daß trotz fahrlässiger Amtspflichtverletzung unter einer gewissen Voraussetzung ein Anspruch nicht besteht, so läßt es deutlich erkennen, daß die fahrlässige Amtspflichtverletzung zur Begründung des Anspruchs nicht ausreichen soll, daß vielmehr die gedachte Voraussetzung noch ein weiteres notwendiges Element des Anspruchs selbst bilden soll. Daher kann das Klagebegehren aus § 839 nur gerechtfertigt sein, wenn diese Voraussetzung erfüllt ist; die klagebegründenden Tatsachen aber hat lediglich der Kläger vorzutragen und zu beweisen[59]).

[58]) Vgl. z. B. B. G. B. §§ 282, 345, 363, 422 u. a. m.

[59]) Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 1034; Oertmann, a. a. O. S. 988; Delius, a. a. O. S. 53; Crome, System des Bürgerlichen Rechts, I, S. 1038 (Anm. 4); Meltz, a. a. O. S. 37; Neumann, a. a. O. § 839 Anm. 4; Klewitz, a. a. O. S. 110; Staudinger, a. a. O. S. 1518; Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 909; Niedenführ, a. a. O. S. 727, 6.

Dem stehen auch die Protokolle, die über diese Frage allein Aufschluß geben könnten, nicht entgegen. Aus ihnen erhellt allerdings nur[60], daß durch Abs. 1 Satz 2 nur eine subsidiäre Haftung des Beamten begründet werden soll, immerhin spricht auch diese Charakterisierung dafür, daß § 839 Abs. 1 Satz 2 ein notwendiges Erfordernis der Anspruchsbegründung enthält; denn andernfalls würde man richtigerweise von einer grundsätzlich prinzipalen Haftung des Beamten sprechen müssen, die nur unter Umständen durch den Nachweis des Beamten, daß auch ein anderer hafte, zu Falle gebracht werden kann.

Endlich wird man auch aus dem vom Gesetzgeber gewollten Zweck der erörterten Bestimmung den nämlichen Schluß ziehen müssen. Denn die ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers, „den Beamten von einer übertriebenen Ängstlichkeit in der Vornahme seiner Amtshandlungen zurückzuhalten und vor Prozessen mit zweifelhaftem Ausgange zu schützen“[61], würde nur in sehr geringem Maße erreicht werden, wenn den Beamten im Falle des § 839 Abs. 1 Satz 2 die Beweislast träfe.

e) § 839 Abs. 3.

Als eine zweite Besonderheit der Beamtenhaftpflicht gegenüber den allgemeinen Deliktsgruppen ist endlich noch hervorzuheben, daß unter gewissen Umständen die Haftung des Beamten trotz Verschuldens desselben — ohne Unterschied, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt — gänzlich in Wegfall kommen kann. In dieser Richtung bestimmt nämlich § 839 Abs. 3:

> „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.“

Ob der Gesetzgeber mit dem Worte „Rechtsmittel“ lediglich die Rechtsmittel im Sinne der Z. P. O.[62] gemeint hat[63], geht aus dieser Gesetzesbestimmung ohne weiteres nicht hervor. Man wird vielmehr in der Erwägung, daß der Gesetzgeber bei

[60] Vgl. Protokolle Bd. 2, S. 662.

[61] Vgl. Protokolle Bd. 2, S. 660.

[62] Vgl. Z. P. O. §§ 511 ff.

[63] Vgl. Planck, a. a. O. II, S. 1037 Anm. 7; Scherer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse Bd. 2, S. 1328.

der Aufstellung dieser Sondernormen den Zweck im Auge hatte, den Beamten vor einer übertriebenen Ängstlichkeit zu bewahren, auf Grund einer extensiven Interpretation der in Rede stehenden Vorschrift hier unter Rechtsmittel richtigerweise jeden Rechtsbehelf verstehen müssen, durch den der Kläger gegen den Beamten sowohl wie auch gegen seine Amtshandlung selbst hätte vorgehen können, um den Eintritt eines Schadens zu verhüten[64]).

Diese Ansicht erscheint um so begründeter, als § 839 Abs. 3 im wesentlichen nichts anderes bedeutet, als eine Ausnahme von der relativen Vorschrift des § 254 zugunsten der Beamten. Es ist selbstverständlich, daß die Anwendbarkeit dieser letztgenannten Gesetzesbestimmung, wonach die Haftpflicht des Beamten, sofern bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, an sich sowohl wie auch ihrem Umfange nach von den Umständen, insbesondere aber davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist, auch für den Rahmen des § 839 ohne weiteres gegeben ist. Ihr gegenüber stellt die Vorschrift des § 839 Abs. 3 nur noch einmal ausdrücklich fest, daß es als ein konkurrierendes Verschulden zu erachten sei, wenn der Beschädigte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, einen Rechtsbehelf anzuwenden, um dem Schaden vorzubeugen, und bestimmt für diesen besonderen Fall ausnahmsweise, daß es nicht — wie bei § 254 — im Ermessen des Richters stehen soll, zu entscheiden, wessen Verschulden überwiege, sondern schreibt in absoluter Form vor, daß ein Ersatz schlechthin ausgeschlossen ist[65]).

§ 6.

3. Die Bedeutung der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers.

In dieser letzterörterten Bestimmung wie in der oben näher beleuchteten Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 liegt die große

[64]) Staudinger, a. a. O. S. 1517, 7 a β; Crome, a. a. O. S. 1039; Niedenführ, a. a. O. S. 727; Delius, a. a. O. S. 50; Meltz, a. a. O. S. 80.

[65]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 1034; Oertmann, a. a. O. S. 987, 4; Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 911, 3.

praktische Bedeutung und Tragweite, die durch die hier vertretene Auffassung der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers für die Haftpflicht dieser Beamtenkategorie geschaffen wird. Die Ansicht derer, die in dem Gerichtsvollzieher den Mandatar des Gläubigers erblicken, ist allerdings geteilt. Die einen[66]) gewähren dem Gläubiger lediglich die Vertragsklage. Die andern[67]) dagegen tragen der Doppelstellung des Gerichtsvollziehers Rechnung, indem sie ausführen, daß die Beamteneigenschaft dem Gläubiger gegenüber nur in den Hintergrund trete, jedoch niemals gänzlich aufgehoben sei. Sie lassen deshalb den Gerichtsvollzieher sowohl nach Vertragsrecht, wie auch aus § 839 haften und zwar ganz nach Wahl des Gläubigers. Indessen, wie dem auch sei, nach beiden Ansichten hat jedenfalls der Gläubiger die Möglichkeit, den Gerichtsvollzieher unmittelbar in Anspruch zu nehmen, mit der vollen Schärfe des Gesetzes. Demgegenüber hat letzterer nach der hier vertretenen Meinung, auf Grund deren er nur nach § 839 verhaftet ist, schon allein durch die allgemeine Begrenzung des Deliktstatbestandes in Abs. 1 eine wesentliche Erleichterung gegenüber der vertragsmäßigen Haftpflicht erhalten. Außerdem stehen ihm in den beiden besonderen Haftungsbeschränkungen in Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 noch erhebliche Schutzmittel gegen Ansprüche aus seiner Amtstätigkeit entgegen, die gleichzeitig auch geeignet sind, sein Selbstvertrauen bei der Ausübung seiner schwierigen Dienstpflicht in hohem Maße zu fördern.

III.

Die Haftung des Staates.

Ist somit der Gerichtsvollzieher auf Grund seiner Eigenschaft als Staatsbeamter bezüglich seiner Haftpflicht nach der hier vertretenen Auffassung schon durch § 839 an sich günstiger

66) Vgl. Struckmann-Koch, a. a. O. Erläuterung I zu § 753; Gaupp-Stein, a. a. O. II, S. 462 zu § 753; Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 909 Anm. 16.

67) Vgl. Seuffert, a. a. O. Erläuterung 4 zu § 166, S. 260 und dort Zitierte.

gestellt, so erhöht sich die oben erwähnte Bedeutung noch, wenn man zum Schlusse die Frage prüft, ob nicht der Staat verpflichtet ist, für die Amtspflichtverletzungen seiner Beamten einzutreten.

§ 7.

1. De lege lata.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Frage der Eintrittspflicht des Staates für seine Beamten nur insofern geregelt, als der Staat in seiner Eigenschaft als Vermögenssubjekt durch seine Organe in den Rechtsverkehr eintritt[68]). Sofern es sich dagegen um die Haftung des Staates für solche Schadenszufügungen handelt, die seine Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt begangen haben, hat es die landesgesetzlichen Bestimmungen unberührt gelassen. Da der Gerichtsvollzieher — wie oben ausgeführt — auf Grund seiner Beamtenstellung nicht eigene, dem Privatrecht anzupassende Angelegenheiten besorgt, sondern lediglich in Ausübung staatlicher Zwangsrechte, also einer öffentlichen Gewalt handelt, so ist mithin auch die Frage nach der Eintrittspflicht des Staates für ihn gemäß § 77 E. G. B. G. B. zu beantworten.

Da die Einzelstaaten auf Grund dieser Vorbehaltsbestimmung des Art. 77 E. G. B. G. B. die in Rede stehende Frage in eigener Weise geregelt haben, so ist der Rechtsstand in dieser Hinsicht im Reiche kein gleicher. Während nämlich einige Staaten die bisherigen Bestimmungen unabgeändert gelassen haben, sodaß das bisherige Recht noch in vollem Umfange Geltung hat, hat eine ganze Reihe anderer Staaten, weitaus die Mehrzahl, den erwähnten Vorbehalt benutzt, um die in Rede stehende Frage einer eingehenden Prüfung und eigenen Regelung zu unterziehen, ohne indessen überall ein gleiches Ergebnis erzielt zu haben[69]).

Was insbesondere Preußen anlangt, so sind hier — da nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches keine

[68]) Vgl. B. G. B. §§ 31, 89.

[69]) Vgl. die gruppenweise Zusammenstellung bei Delius, a. a. O. S. 15 ff.

das vorliegende Rechtsgebiet berührenden Gesetze erlassen sind —, gemäß Art. 3 des E. G. B. G. B. die bisher geltenden Bestimmungen in Kraft geblieben. Es ist hier demgemäß zu untersuchen, ob nach diesen Gesetzen eine Haftung des Staates für seine Beamten begründet werden kann.

a) In den Ländern preußischen Rechts.

Was zunächst diejenigen Teile des preußischen Staatsgebietes anlangt, in denen das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten zur Einführung gelangt ist, so muß eine Haftpflicht des Staates für seine Beamten in seiner Eigenschaft als Träger von Hoheitsrechten grundsätzlich abgelehnt werden. Irgend eine positive Vorschrift, aus der die Haftungsverbindlichkeit des Staates in dieser Beziehung abgeleitet werden könnte, ist weder im A. L. R. selbst, noch in späteren ergänzenden oder abändernden Gesetzen begründet. Insbesondere findet sich eine solche Vorschrift auch nicht in denjenigen Abschnitten[70]), die von der Vertretungspflicht des Beamten im einzelnen handeln[71]). Hätte der Gesetzgeber eine Haftung des Staates für seine Beamten nach der in Frage stehenden Richtung begründen wollen, so hätte es nahe gelegen, an dieser Stelle eine ausdrückliche Bestimmung zu erlassen.

Die Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Normen über die Eintrittspflicht des Geschäftsherrn für seine Angestellten ist andererseits deshalb abzulehnen, weil die rechtlichen Beziehungen, die sich zwischen dem Staat und dritten Privatpersonen aus den Funktionen des Staates als Träger von Hoheitsrechten ergeben, überhaupt nicht privatrechtlicher Natur sind; auch können die Privatrechtsnormen des A. L. R. auf diese Beziehungen um so weniger analog angewendet werden, als das Landrecht die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse der Staatsbeamten durchaus eigenartig und gesondert von den Vorschriften des Privatrechts geregelt hat.

Zu demselben Ergebnis gelangt auch das preußische Ober-

[70]) Vgl. Förster-Eccius, a. a. O. Bd. 1, S. 254 Anm. 34.

[71]) Vgl. A. L. R. §§ 59 ff. II, 10.

tribunal[72]), dem in der Folgezeit das Reichsgericht[73]) in seiner Rechtsprechung gefolgt ist, wenn es über diese Frage ausführt: „Es beruht dieser Satz einmal auf den allgemeinen Grundsätzen, welche in § 1—13 A. L. R. II, 13 angeordnet sind, und deren Beobachtung in der allerhöchsten Kabinettsorder vom 4. Dezember 1831 eingeschärft wird, andererseits aber darin, daß die Stellung der öffentlichen Beamten nach dieser Seite hin in dem öffentlichen Recht wurzelt.“ Ob die allerhöchste Kabinettsorder in diesem Zusammenhange hier angeführt werden darf, muß als zweifelhaft dahingestellt bleiben[74]); jedenfalls kann sie für diese Frage nicht ausschlaggebend sein, da sie sich ihrem Inhalte nach nicht auf Amtsvergehen, sondern mehr auf Verfügungen der Justizgewalt bezieht, die in das Privateigentum der einzelnen Untertanen eingreifen und dadurch eine Verletzung der einzelnen herbeiführen. Immerhin darf die bezeichnete Kabinettsorder zur Unterstützung der dargelegten Rechtsauffassung insofern herangezogen werden, als sie klar erkennen läßt, daß der Gesetzgeber zwischen dem Staat als Vermögenssubjekt und als Träger von Hoheitsrechten streng unterschieden wissen wollte und die Entscheidung über Ansprüche aus Verwaltungsakten hoheitsrechtlicher Natur der Jurisdiktion der ordentlichen Gerichte entzog[75]).

b) In den Ländern gemeinen Rechts.

Scheidet somit für das landrechtliche Gebiet eine Haftungsverbindlichkeit des Staates aus, so bleibt noch zu prüfen, wie

[72]) Vgl. Entscheidungen des Preußischen Obertribunals Bd. I, S. 1 ff.

[73]) R. G. Bd. 28 S. 335 ff., Bd. 32 S. 146, Bd. 51 S. 220; Seufferts Archiv Bd. 37, 30.

[74]) Vgl. Gierke, Gutachten in den Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages, Bd. 1.

[75]) Zu demselben, die Haftpflicht des Staates leugnenden Ergebnis gelangen auch übereinstimmend die Schriftsteller, die das preußische Recht, Privat- und Staatsrecht, systematisch dargestellt und diese Frage erörtert haben; vgl. v. Rönne, Preußisches Staatsrecht Bd. 3, S. 583; Dernburg, Preußisches Privatrecht, I § 53, Anm. 17; Förster-Eccius, a. a. O. I, S. 554; auch Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, S. 34; Delius, a. a. O. S. 15.

diese Frage für die Provinzen gemeinen Rechtes[76]) zu entscheiden ist. Auch hier gelangt man zu demselben Ergebnis. Denn auch im gemeinen Recht fehlt es anerkanntermaßen an positiven Normen[77]), auf die man sich bei einer Inanspruchnahme des Staates in dieser Beziehung hin stützen könnte. Der Gläubiger könnte daher niemals den ihm obliegenden Beweis führen, daß der Staat haftet[78]), umsoweniger, als sich auch ein Gewohnheitsrecht nicht gebildet hat.

c) In den Ländern französischen Rechts.

Eine für sich alleinstehende Besonderheit gilt für die preußische Rheinprovinz, soweit in ihr bisher französisches Recht Anwendung fand. Durch Art. 89 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist Art. 1384 des code civil für nicht aufgehoben erklärt worden, „soweit er auf die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer öffentlicher Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden Anwendung findet". Eine nähere Untersuchung dieses Artikels ergibt zwar unstreitig, daß er nach Inhalt und Zusammenhang lediglich privatrechtlichen Charakter trägt, mithin durch das B. G. B. ersetzt ist. Diese Bedenken wurden auch von der Regierung bei der Beratung über diesen Artikel gegen dessen Aufrechterhaltung in der Kommission geltend gemacht. Der Antrag wurde aber von der Kommission in der jetzt vorliegenden Fassung angenommen, in der Absicht, „die Prüfung der Frage, ob Art. 1384 reichsgesetzlich aufgehoben sei, der Rechtsprechung zu überlassen. Diese Frage sollte eine offene sein und bleiben"[79]). Das Reichsgericht hat denn auch gesprochen[80]) und „konstant

76) Vgl. die Übersicht bei Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, S. 19.

77) Vgl. Windscheid-Kipp, Bd. 2, S. 1051, Anm. 4; auch Text daselbst; Piloty, Annalen des deutschen Reichs 1888, S. 271; Loening, a. a. O. S. 135; R. G. Bd. 11, S. 206.

78) Vgl. Dock im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 16, S. 277.

79) Hodler, Preußisches Ausführungsgesetz zum B. G. B. S. 374; Stranz-Gerhard, Preußisches Ausführungsgesetz zum B. G. B. S. 470, Anm. 7.

80) R. G. Bd. 54, S. 19 ff.

für die Rheinprovinz den Staat unter der Herrschaft des neuen Rechts für Handlungen seiner Beamten als haftbar erklärt, auch wenn sie den Staat in Ausübung seiner Hoheitsrechte vertreten“[81]).

Die Richtigkeit dieser Entscheidung kann jedoch nicht anerkannt werden[82]). Wenn das Reichsgericht annimmt, daß „nach der Intention des Gesetzes die bisherige Anwendung des Art. 1384 hinsichtlich der Schadenszufügung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts in der Rheinprovinz aufrecht erhalten bleiben sollte, wenn sie sich nicht als rechtsirrtümlich erweise“, so muß dieser Ansicht entgegengetreten werden. Auf Grund der Verhandlungen des Abgeordnetenhauses kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Richter ganz unbeschränkt und vor allem unabhängig von der früheren Rechtsprechung prüfen sollte, ob Art. 1384 auf Schadenszufügungen im Gebiete des öffentlichen Rechts anwendbar sei. Seine Prüfung darf sich also nicht auf die Frage beschränken, ob die ältere Rechtsprechung zutraf oder auf einem Rechtsirrtum beruhte, vielmehr muß er darüber hinaus die Möglichkeit ins Auge fassen, daß die frühere Rechtsprechung zwar zutreffend war, gleichwohl aber heute bei der veränderten Gesetzeslage Anlaß vorliegt, von der früheren Entscheidung abzuweichen.

Wenn es mithin auch zutreffend war, daß, wie das Reichsgericht ausführt, „die Frage der Haftung des Staates für die Handlung eines Beamten immer als Zivilrechtsfrage auf den deutschen Gebieten französischen Rechts angesehen wurde“, so muß doch neuerlich geprüft werden, ob diese Auffassung sich mit der vom Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches vertretenen Grundauffassung deckt. Denn wenn auch das B. G. B. die Gesetzgebung über die Haftung des Staates auf öffentlich-rechtlichem Gebiet dem Landesrecht überläßt, so müssen doch bei der Auslegung dieser Landesgesetze, sofern sie selbst keinen positiven Anhalt bieten, oder aus ihrer Entstehungsgeschichte eine bestimmte gesetzgeberische Absicht nicht gefolgert werden kann, die allgemeinen Rechtsgrundsätze des B. G. B. selbst Berücksichtigung finden. Das B. G. B. läßt nun keinen Zweifel

[81]) Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. 1, S. 206.

[82]) Vgl. Dernburg ebenda, S. 206; Georg Meyer, S. 527 Anm. 12 a. E.

darüber, daß die hier interessierende Frage in das öffentlich-rechtliche Gebiet gehört. Nach den Motiven[83]) des E. G. B. G. B. ist ein Vorbehalt für zweckmäßig gehalten worden, weil man die Verpflichtung des Staates und anderer Kommunalverbände zum Ersatze des von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schadens als eine privatrechtliche betrachten könne. Die Entscheidung über diese Frage müsse aber, auch wenn jene Auffassung richtig sein sollte, wegen ihres Zusammenhanges mit dem öffentlichen Recht den Landesgesetzen überlassen bleiben. Hierin lag also für den Gesetzgeber der Anlaß, die Entscheidung den Landesgesetzen zu überlassen. Angesichts dieses Grundsatzes wird man zu dem Schlusse gelangen müssen, daß unter der Geltung des B. G. B. der Art. 1384 auf die Haftung des Staates aus hoheitsrechtlichen Akten der Beamten dann nicht zur Anwendung gebracht werden kann, wenn derselbe sich als eine privatrechtliche Vorschrift charakterisieren sollte. Denn die früher zweifelhafte Frage, ob Ansprüche gegen den Staat aus Hoheitsakten privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sind, muß angesichts des § 89 B. G. B. und Art. 77 E. G. B. G. B. für das gesamte Reichsgebiet als einheitlich vom Gesetzgeber dahin geregelt erachtet werden, daß dieselben öffentlich-rechtlicher Natur sind.

Mithin bleibt nur zu prüfen übrig, ob Art. 1384 rein privatrechtlicher Natur ist oder ob er auch die Grundlage für öffentlich-rechtliche Ansprüche der vorliegenden Art bildet. Diese Frage ist, wie bereits oben angedeutet, mit den Ausführungen der Regierung im Abgeordnetenhaus unzweifelhaft dahin zu entscheiden, daß der fragliche Artikel im code civil, wo er im System der unerlaubten Handlungen steht, rein privatrechtlichen Charakter trägt. Diese Ansicht wird auch in Frankreich von zwei hervorragenden Gerichtshöfen, dem Staatsrat und dem Kompetenzkonfliktsgerichtshof, vertreten, die entgegen der Ansicht des Kassationshofes die Anwendbarkeit des Art. 1384 auf den Staat als Geschäftsherrn verneinen. Im übrigen kann es unter der Herrschaft des neuen Rechts bei so veränderter Gesetzeslage nicht für zulässig erachtet werden, daß den reichsgerichtlichen Ausführungen gemäß eben dieselbe

---

[83]) Planck, a. a. O. Bd. 6, S. 187.

Frage in einem Teil des preußischen Staatsgebietes, für die Länder gemeinen und preußischen Rechts, als dem öffentlichen Recht angehörig behandelt wird, während sie in einem anderen Teil des nämlichen Staatsgebietes dem Privatrecht unterstellt wird.

§ 8.

2. Die problematische Haftung des Staates.

Infolge dieses Mangels an positiven Gesetzesvorschriften über die Haftungsverbindlichkeit des Staates für seine Beamten, die in Ausübung öffentlich-rechtlicher Machtbefugnisse Schaden angestiftet haben, ist die Wissenschaft von jeher mit Eifer bestrebt gewesen, aus allgemeinen Grundsätzen, wie aus Begriff und Wesen des Staates diese Frage zu lösen.

Die älteren Theorien stützen ihre Beweisführung unmittelbar auf privatrechtliche Grundsätze, indem sie das Verhältnis des Staates zum Beamten als das eines römisch-rechtlichen mandatum auffassen und von diesem Gesichtspunkt aus zu einer Haftpflicht des Staates für seine Beamten gelangten[84]). In der Folgezeit verwandte man privatrechtliche Analogien und kam, wie z. B. Zöpfl[85]), durch Anwendung der Sätze über die Haftung des dominus für den institor zu einer Haftpflicht des Staates. Diese älteren privatrechtlichen Theorien haben in neuerer Zeit keine Vertreter mehr gefunden, außer Gierke[86]), der seiner Genossenschaftstheorie folgend, in dem Staate eine reale Gesamtperson sieht, die willens- und handlungsfähig sei und daher unbedenklich unter das Privatrecht gestellt werden müsse. Wie indessen bereits oben bemerkt worden ist, kann diesen privatrechtlichen Theorien deshalb nicht beigetreten werden, weil das Verhältnis des Staates zu seinen Dienern lediglich öffentlich-rechtlicher Natur ist, sodaß privatrechtliche Grundsätze außer Betracht bleiben müssen.

---

[84]) Vgl. Loening, a. a. O., wo eine Übersicht der geschichtlichen Entwicklung dieser Frage gegeben wird, S. 7—52.

[85]) Zöpfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, Bd. 1 S. 522, Bd. 2 S. 801.

[86]) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung, S. 603 ff., S. 766.

Der erste, der eine Haftpflicht des Staates aus den Grundsätzen des Staatsrechts abzuleiten versuchte, indem er die grundlegende Unterscheidung zwischen Staat als Vermögenssubjekt und Träger von Hoheitsrechten hervorhob, war Pfeiffer[87]). Sein von Zachariae weiter entwickelter und wesentlich vertiefter Rechtsstandpunkt gipfelt hauptsächlich in der Auffassung, daß „der Staat als Träger von Hoheitsrechten einer culpa nicht fähig sei. Da es sich aber bei dem Staat nicht um willkürliche Vertretung, sondern um notwendige Repräsentation handelt, ohne welche der Staat, wenn man ihn nicht mit den Trägern der öffentlichen Gewalt identifizieren will, gar nicht als lebendiger Organismus existieren könnte, so müssen amtliche Handlungen und Unterlassungen seiner Organe ihn ebenso verpflichten als berechtigen können, und er muß wenigstens die Garantie für ihr Verhalten in ihrer amtlichen Sphäre übernehmen"[88]).

Allein diese Ausführungen Zachariaes blieben nicht unangefochten; insbesondere unterzogen sie Loening[89]) und Piloty[90]) einer eingehenden Kritik, auf Grund deren beide, wenn auch nicht auf demselben Wege, zu einer entgegengesetzten Ansicht gelangten. Ebenso kommen auch noch andere Schriftsteller, wie z. B. Bluntschli[91]), der von dem Grundsatz ausging, daß der Staat einer culpa nicht fähig sei, zu einem die Haftung des Staates leugnenden Ergebnis.

Allen diesen Versuchen, aus allgemeinen wissenschaftlichen Grundsätzen eine Haftung des Staates nachzuweisen, wird man sich de lege lata nicht anschließen können. Jeder Rechtsanspruch muß eine gesicherte Grundlage in der bestehenden Rechtsordnung finden. Wenn nun auch eine Haftung des Staates nicht schon ohne weiteres deswegen zurückgewiesen werden kann, daß sich eine bestimmte, das Rechtsgebiet un-

---

87) Vgl. Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft Bd. 2, S. 361 ff.

88) Vgl. Zachariae, Über die Haftungsverbindlichkeit des Staates aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1863, S. 285 ff., 619.

89) Vgl. Loening, a. a. O.

90) Vgl. Piloty, a. a. O.

91) Bluntschli, Verhandlungen des VI. Deutschen Juristentages, Gutachten, S. 45 ff.

mittelbar regelnde Vorschrift im Gesetz nicht vorfindet, so müßte sich doch wenigstens für diejenigen allgemeinen Grundsätze, aus denen die benannten Schriftsteller ihre Folgerungen ableiten, eine gesicherte Unterlage in der Rechtsordnung selbst finden. Aber auch dies ist vorliegend nicht der Fall; auch diese allgemeinen Grundsätze, auf welche die vorstehend erwähnten Theorien gestützt werden, sind nur subjektive, in der Rechtsordnung nicht fest begründete Auffassungen.

§ 9.

Schluß.

Wenn man zum Schluß einen Rückblick auf vorstehende Darlegungen wirft, dann muß es angesichts der erörterten weittragenden Bedeutung der Frage, welche Stellung der Gerichtsvollzieher im Staatsorganismus einnimmt, in hohem Maße Wunder nehmen, daß der Gesetzgeber zur Wende des verflossenen Jahrhunderts trotz der diesbezüglichen zahlreichen und vielseitigen theoretischen Erörterungen das hier betretene Rechtsgebiet nicht durch positive Normen geregelt hat. Wenn auch das Reichsgericht gewissermaßen für die Judikatur eine Entscheidung herbeigeführt hat, so bleibt doch die Lösung dieser ganzen Frage, da die Entscheidung des Reichsgerichts für den Richter nicht bindend ist, in der Schwebe. Wenn man besonders die praktische Wichtigkeit ins Auge faßt, die eine definitive Entscheidung in diesem oder jenem Sinne für die Gerichtsvollzieher mit sich führte, so dürfte wohl angesichts der Fülle von eingehenden und klaren Erörterungen eine endgültige Regelung dieser Frage durch eine positive Gesetzesvorschrift zu empfehlen sein.